DB non solo diritto bancario

leggi l'articolo nel sito www.dirittobancario.it

ATTUALITÀ

Polizze unit linked: tra responsabilità dell'intermediario e responsabilità dell'emittente

27 Settembre 2021

Andrea Atteritano, Hogan Lovells Studio
Silvia Lolli, Hogan Lovells Studio Legale

Andrea Atteritano, Partner, Hogan Lovells

Silvia Lolli, Counsel, Hogan Lovells

Andrea Atteritano

Andrea Atteritano è il socio responsabile del dipartimento italiano di Contenzioso e Arbitrati della sede di Roma di Hogan Lovells. Andrea assiste clienti in diversi settori industriali tra cui energy and natural resources, assicurativo e consumers. Andrea è professore a contratto all'Università LUISS Guido Carli di Roma, membro del comitato editoriale della Rivista Italiana dell'Arbitrato, Co-head di Pride+ e membro dell'Italian Diversity team di Hogan Lovells.

Silvia Lolli

Silvia Lolli è counsel di Hogan Lovells nel dipartimento italiano dei Servizi Finanziari dello studio ed è membro dell'insurance practice internazionale. Silvia ha maturato una significativa esperienza nel settore della normativa e della regolamentazione assicurativa.

Studio Legale

Hogan Lovells

Hogan Lovells

Con sentenza del 23 luglio 2021, Il Tribunale di Bergamo conferma ancora una volta il c.d. principio del doppio binario, in base al quale la normativa del Testo Unico sulla Finanza ("**TUF**") e del Regolamento Intermediari Consob (Regolamento 29 ottobre 2007, n. 16190) sull'intermediazione finanziaria trova applicazione, in caso di collocamento di polizze vita del tipo *unit linked*, solo se il prodotto è distribuito dai soggetti abilitati ai sensi del TUF e non dai tradizionali intermediari di assicurazione, come i mediatori di assicurazione (i c.d. broker) o gli agenti assicurativi. In tali casi l'attività di intermediazione del prodotto è disciplinata dalle norme del Codice delle Assicurazioni Private ("**CAP**") e dalla normativa secondaria adottata dall'IVASS, l'unica applicabile al collocamento di polizze di assicurazione sulla vita di tipo *unit linked* da parte di intermediari assicurativi non bancari o finanziari.

Il principio del doppio binario era stato già affermato dal Tribunale di Bergamo con l'ordinanza del 12 novembre 2019 e poi ribadito a stretto giro con la sentenza del 21 novembre 2019, per essere quindi nuovamente confermato con la recente sentenza del 23 luglio 2021.

In tutti e tre i casi, relativi all'intermediazione di polizze *unit linked* emesse da un'impresa assicuratrice irlandese e collocate presso la clientela italiana da intermediari assicurativi indipendenti (mediatori e agenti), gli assicurati lamentavano la violazione degli obblighi informativi e di condotta previsti dall'art. 21 TUF e la mancata stipula del contratto quadro, di cui all'art. 23 TUF, chiedendo la condanna della compagnia assicurativa alla ripetizione del premio e al risarcimento danni. Nel rigettare le pretese degli assicurati, il Tribunale di Bergamo ha rilevato, da un lato, che l'intermediazione delle polizze era stata interamente curata da intermediari assicurativi tradizionali, e non da soggetti abilitati ai sensi del TUF, motivo per cui la normativa TUF sull'intermediazione non trovava applicazione; dall'altro – avendo constatato che solo gli intermediari avevano curato l'attività di collocamento dei prodotti presso la clientela - , ha affermato che gli obblighi asseritamente violati e le condotte contestate dagli assicurati non potevano essere imputate all'impresa di assicurazioni, carente, quindi, di legittimazione/titolarità passiva.

Entrambe le statuizioni del Tribunale di Bergamo appaiono corrette e in linea con il quadro normativo di riferimento e *ratione temporis* applicabile.

vedi l'articolo online

Quanto al principio del doppio binario, è noto che le polizze di tipo *unit linked* possono essere collocate sul mercato sia attraverso le reti tradizionali, composte da mediatori e da agenti di assicurazione, sia attraverso il canale bancario e finanziario, composto dai c.d. "soggetti abilitati", per come definiti dall'art. 1, co. 1, lett. r) del TUF. Il perimetro della categoria dei soggetti abilitati è mutato nel corso degli anni per effetto di interventi normativi sulla definizione prevista dall'art. 1, co. 1, lett. r) TUF, ma non ha mai incluso i tradizionali intermediari di assicurazione, da sempre soggetti a una normativa differente (che è quella del CAP) e alla vigilanza di una diversa autorità (l'IVASS anziché la CONSOB). Non solo, quindi, esistono diversi canali di distribuzione delle polizze vita di tipo *unit linked* (in linea di principio quello assicurativo tradizionale e quello bancario/finanziario), ma questi canali distributivi sono anche soggetti a normative diverse (il TUF per il canale bancario/finanziario, il CAP per il canale assicurativo tradizionale) e ad autorità di vigilanza differenti (i.e. CONSOB e IVASS). A confermarlo è lo stesso tenore degli artt. 21 e 23 del TUF che, per loro espressa previsione, si rivolgono ai soli soggetti abilitati ai sensi del TUF, con conseguente esclusione della loro applicabilità a soggetti non compresi in tale categoria (come appunto broker e agenti di assicurazione), anche per il carattere "speciale" della normativa del TUF, non suscettibile, in quanto tale, di applicazione analogica né di interpretazione estensiva, ai sensi dell'art. 12 delle preleggi.

In linea con il Tribunale di Bergamo, si è pronunciato, con due sentenze gemelle, anche il Tribunale di Roma, che ha così mutato il suo precedente orientamento, riconoscendo il carattere assicurativo delle polizze *unit linked* prive di garanzie di conservazione di capitale e di rendimenti minimi, anche in virtù dell'orientamento consolidato della Corte di Giustizia UE, e confermando (anche indipendentemente dalla natura del prodotto) il principio del doppio binario e la non applicabilità delle norme del TUF agli intermediari assicurativi.

Ulteriore conferma della esistenza di un duplice canale distributivo e del doppio binario normativo di riferimento si rinviene nella delibera no. 19602 del 4 maggio 2016 della Consob, con cui è stato istituito l'Arbitrato sulle Controversie Finanziarie ("**ACF**"), per la risoluzione di controversie relative all'asserita violazione della normativa TUF (e dei relativi regolamenti di attuazione) in materia di intermediazione.

Ebbene, l'ACF non ha competenza su potenziali controversie nei confronti di intermediari assicurativi tradizionali (il che è dato consolidato nella giurisprudenza di tale organismo arbitrale), e ciò perché gli intermediari assicurativi non sono soggetti alla normativa TUF su cui l'ACF è chiamato a giudicare.

Da ultimo, l'esistenza del doppio binario quale carattere peculiare del sistema giuridico italiano relativo alla distribuzione di prodotti d'investimento assicurativi è stata di recente indirettamente confermata dal legislatore in occasione del recepimento in Italia della direttiva UE no. 2016/97 (la c.d. *Insurance Distribution Directive* - "**IDD**"). In tale contesto, infatti il legislatore ha deciso di estendere, in linea di principio, la disciplina del CAP e dei regolamenti di attuazione dell'IVASS ai soggetti abilitati ai sensi del TUF (cfr. D. Lgs. del 21 maggio 2018, n. 68 che ha modificato il TUF e in particolare l'art. 25-*ter*). Tale modifica normativa, che non ha efficacia retroattiva (ma si applica a partire da ottobre 2018), non solo conferma implicitamente la preesistenza di un doppio binario di distribuzione, ma anche la assoluta e inderogabile inapplicabilità del TUF agli intermediari assicurativi tradizionali quali, appunto, agenti e brokers.

Quanto, invece, al secondo punto, la statuizione del Tribunale di Bergamo per cui non sono imputabili all'impresa di assicurazioni le irregolarità eventualmente compiute dall'intermediario, appare del tutto logica, oltre che giuridicamente corretta. Se, infatti, l'impresa assicuratrice non ha avuto alcun ruolo nell'intermediazione del prodotto, non si capisce francamente il motivo per cui dovrebbe rispondere delle irregolarità commesse dall'intermediario, specie se si tratta di intermediari indipendenti ovvero di broker assicurativi che - come noto - non operano per conto e nell'interesse dell'impresa, bensì per conto e nell'interesse dell'assicurato-investitore.

Gli obblighi normativi di cui agli artt. 21 e 23 TUF, per come attuati dagli artt. 28 e 29 del Regolamento Intermediari Consob, disciplinano l'attività (e i relativi obblighi) dell'intermediario, non anche dell'ente emittente, per la cui attività la Consob ha adottato una separata normativa di attuazione, contenuta, appunto, nel Regolamento Emittenti (Regolamento Consob n. 11971/1999). I due piani – emissione e intermediazione del prodotto – devono essere conseguentemente tenuti distinti, dal momento che gli obblighi normativi gravanti su intermediario ed ente emittente non solo sono diversi ma sono perfino previsti da provvedimenti normativi distinti e separati.

Gli obblighi informativi e di condotta dell'intermediario sono quelli previsti dall'art. 21 TUF per come

attuati dagli artt. 28 e 29 del Regolamento Intermediari, mentre quelli dell'ente emittente sono stati attuati tramite l'art. 32 del Regolamento Emittenti. E se, secondo la Corte di Cassazione, la violazione dei primi può comportare la responsabilità precontrattuale ovvero contrattuale dell'intermediario, a seconda se l'irregolarità è occorsa prima o dopo la conclusione del contratto, la violazione dei secondi può integrare solo una responsabilità da prospetto (*ex* art. 94 TUF), ossia una responsabilità che per la Corte di Cassazione è sempre e solo di tipo extracontrattuale, soggetta a prescrizione quinquennale e non può costituire causa di nullità, tantomeno di risoluzione, del contratto. La differenza è sostanziale.

Infatti, se l'impresa assicuratrice non si limita a emettere il prodotto ma lo colloca anche direttamente sul mercato, la stessa sarà tenuta al rispetto degli obblighi informativi tanto dell'ente emittente quanto dell'intermediario, perché di fatto svolge entrambe le funzioni. E poiché diversamente dai mediatori di assicurazione, l'impresa di assicurazioni era compresa nella categoria dei soggetti abilitati ai sensi del TUF, la sua attività di collocamento era disciplinata – per il periodo precedente l'attuazione dell'IDD - dagli artt. 21 e 23 TUF e dalle disposizioni attuative del Regolamento Intermediari Consob, come pure correttamente statuito dalla Corte di Cassazione (Cass., sez. III, n. 8412/2015). In tale contesto, oltre che a predisporre una documentazione informativa di polizza chiara, completa e trasparente, l'impresa sarebbe tenuta anche a rappresentare adeguatamente al cliente, nell'incontro con i suoi collaboratori diretti, le caratteristiche del prodotto e i rischi sottesi, a profilare il cliente e ad acquisire informazioni, valutare l'adeguatezza del prodotto e svolgere tutte le attività conseguenti. E in caso di violazione di tali obblighi, l'impresa sarebbe esposta al rischio di vedersi attribuita una responsabilità risarcitoria – di tipo contrattuale ovvero precontrattuale, a seconda dei casi – nei confronti del cliente, oltre che al rischio (limitato solo ad alcune ipotesi) di declaratoria di nullità o risoluzione del contratto.

Quando invece l'impresa assicuratrice si limita a strutturare il prodotto e ad emetterlo, senza occuparsi anche del suo collocamento presso la clientela, allora la stessa risponderà solo ed esclusivamente per l'attività di emissione, e quindi per la predisposizione di una documentazione precontrattuale e di una informativa chiara, completa ed esaustiva. Al rispetto di tutti gli altri obblighi previsti dalla normativa sull'intermediazione sarà tenuto l'intermediario, che risponde della loro eventuale violazione in solido col promotore (art. 31 TUF), e non con l'emittente, esposto unicamente al rischio della responsabilità da prospetto, una responsabilità extra-contrattuale, soggetta a prescrizione breve di 5 anni, e che non può mai portare alla declaratoria di nullità, tantomeno a una pronuncia di risoluzione, del contratto.

In sintesi, intermediario ed ente emittente sono tenuti al rispetto di obblighi normativi e regolamentari diversi, perché diversa è la loro attività e diverso è il loro ruolo nei confronti della clientela. L'emittente si rivolge, infatti, a un pubblico indefinito, strutturando un prodotto che è destinato a un'ampia platea di soggetti e descrivendone caratteristiche e rischi nel relativo set informativo. L'intermediario è invece il soggetto che incontra il singolo potenziale sottoscrittore del prodotto e, presentandolo, deve fornire e assumere informazioni, profilare il cliente e valutare l'adeguatezza del prodotto rispetto al profilo di rischio di ogni potenziale contraente incontrato. Ed è logico, prima che giuridicamente corretto, che se l'emittente è tenuto a rispondere di eventuali carenze informative nella documentazione relativa al prodotto venduto – che l'ente emittente stesso predispone -, l'intermediario dovrà rispondere della eventuale violazione degli obblighi informativi e di condotta relativi all'attività, dallo stesso svolta, di intermediazione. E dovrà farlo, eventualmente in solido con il promotore, senza alcun coinvolgimento dell'ente emittente, di cui si dovrà riconoscere - se è rimasto estraneo all'intermediazione del prodotto e come correttamente statuito dal Tribunale di Bergamo – la carenza di legittimazione ovvero titolarità passiva.

DB non solo diritto bancario

A NEW DIGITAL EXPERIENCE

Scopri il nuovo sito dirittobancario.it